SPECIMEN IURIS DE CAUTELIS ADVOCATORUM CIRCA FORMULAM PROBANDI WAHR SAEPE...

Gottlob Thomasius, Johann Wilhelm Töpffer, Valenti Gonzaga

VIRO

PLVRIMVM REVERENDO
AMPLISSIMO ATQVE DOCTISSIMO

DOMINO
M. IOAN. IVSTO TOEPFERO

DIACONO ECCLESIAE COLDICENSIS
LONGE MERITISSIMO

PATRI SVO AETATEM ADMODVM DEVENERANDO

HOS
QVALESCVNQVE CONATVS
IVRIDICOS
CEV PRIMVM PIETATIS IN IPSVM SVAE
MONVMENTVM
CVM VOTORVM NVNCVPATIONE
PRO
DIVTVRNA IPSIVS VITA ET FELICITATE
DEBITA OBSERVANTIA
OFFERRE
VOLVIT

FILIVS EIVS OBSEQVIOSISSIMVS
IOAN. GVILELMVS Töpffer.



LECTOR BENEVOLE.

CAutelas ciuiles iuridicas *magno in pretio habendas esse, atque haberi, inter omnes fere constat, interim tamen* quaedam *earum inueniuntur, quae, si non omni ex parte, saepe certe,* et *vt plurimum, tanquam periculosae, essent damnandae. Iam vero cum nobis certis de caussis, ex improuiso sit disputandum, neque penuria temporis permittat, pagellam materia quadam exactissime elaborata replere; animus est, earum cautelarum aliquam, apud Aduocatos, circa formulam probandi:* Wahr, *occurrentem, in medium proferre, hac mente, vt cognosci possit, formulam hanc in articulis, super quos te-* Prooemium.

ſtes examinandi, ſaepe, *aut vt plurimum, tanquam* periculoſam, *non eſſe tolerandam, et in obſeruatione cautelarum ciuilium iuridicarum, ſemper* iuſtitiam *cum* prudentia *eſſe combinandam. Feſtinationem vero noſtram in praeſenti excuſabis. Vale!*

§. I.

Fundamentum rubri.

SCriptores de modo procedendi in iudiciis El.Sax. quoad doctrinam de elaborandis articulis probatorialibus, indiſtincte docent, *articulos probatoriales* nullius omnino eſſe momenti, niſi *affirmatiue* per vocabulum: **Wahr, daß** **ꝛc.** incipiantur, fundamentum huius formulae, fortaſſe, quaerentes, tum ex *cap. I. de Confeſſ. in 6to.* cuius verba haec ſunt:

Statuimus, vt poſitiones negatiuas (quae probari non poſſunt, niſi per confeſſionem aduerſarii,) iudices admittere poſſint, ſi aequitate ſuadente viderint expedire.

tum ex *l. 23. C. de probat.* vbi:

Actor, quod aſſeuerat, probare ſe non poſſe profitendo, reum neceſſitate monſtrandi contrarium non adſtringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla ſit.

tum vero maxime ex *vſu et conſuetudine.* Nihil autem horum ad confirmandam eorum ſententiam aliquid conferre, ex ſequentibus luculentius apparebit.

§. II.

§. II.

Opiniones doctorum examinantur: I. ratione legum.

QVod eorum sententiam, qui fundamentum huius formulae quaerunt, in duabus legibus, §. *antec.* iam allegatis, spectat, illa ex eo solo corruit, quod ne verbum quidem ibi de formula: **Wahr**, in *articulis probatorialibus* adhibenda reperiatur. Qua de re cum in eo sese frustratos esse sentiant, vltimum, *consuetudinem* a) ad dictam sententiam corroborandam, aliquid collaturum, existimant, non considerantes, vtrum omnia ad consuetudinem pertinentia adsint requisita, cum alias verius dicenda sit corruptela. b)

§. III.

II. ratione consuetudinis.

LIcet vero illam formulam, forsitan vsu et consuetudine introductam, non *generatim* damnemus, cum per se nihil, nec ad bonam, nec ad malam conferat causam, experientia tamen docemur, eam, si nempe articuli non documentis, non oculari inspectione, non per iuramenti delationem, sed alio probandi modo et *testibus* aut tantum, aut coniunctim probantur, interdum eo fine, tanquam cautelam, adhiberi, vt, testibus super articulis obiter rogatis, hisque sine respectu iustitiae causae, ob vocabulum: **Wahr**, ad affirmatiuam depositionem callide adductis, altera pars innocens succumbat, et condemnetur. Quocirca operae pretium est, §. *seq.* demonstrare, quod haecce specialis cautela, ceu illicita, et consuetudo, ceu irrationalis, hoc casu prorsus sit omittenda, nisi hic finis cesset. Secus quoque est in articulis positionalibus, c) quas MARTINI cum nostris articulis confundit.

§. IV.

a) *Ludou. Günth.* MARTINI *Commentar. ad O. P. S. Tit. XX. §. 7. n. 2.*
b) *C. fin. X. de consuet.*
c) *R. I. de Ao. 1654. §. 49. O. Cam. de anno 1555. Tit. 15. §. 4.*

§. IV.

Tractatio, et demonstratio thematis nostri.

PRimum, quod haecce cautela ceu periculosa atque illicita, sit reiicienda, ita probamus: Neminem latet, CAVTELAM CIVILEM LICITAM eiusmodi esse *cautelam, qua, saluis legibus iustitiae ciuilibus, secundum regulas prudentiae, ex mediis pluribus optimum eligitur, ad finem aliquem ciuilem obtinendum.* Iam vero in cautela eo fine adhibita, vt, testibus super articulis obiter rogatis, hisque sine respectu iustitiae causae, et libertatis testium, ob vocabulum: Wahr, ad affirmatiuam depositionem callide adductis, altera pars innocens succumbat, et condemnetur, secundum regulas prudentiae, ex mediis pluribus optimum non eligitur ad finem aliquem ciuilem licite obtinendum. E. haecce cautela, eo fine adhibita, vt testibus super articulis obiter rogatis, hisque sine respectu iustitiae causae, ob vocabulum; Wahr, ad affirmatiuam depositionem callide adductis, vt altera pars innocens succumbat, et condemnetur, est periculosa, adeoque tanquam illicita reiicienda.

§. V.

ALterum, quod haecce consuetudo, ceu irrationalis, sit reiicienda, ita demonstramus: Consuetudo rationalis est eiusmodi consuetudo, quae facit ad reipublicae vtilitatem, et iuris ciuilis principium conseruandum. d) Iam vero consuetudo illius cautelae ciuilis, eo fine adhibitae, vt, testibus super articulis leuiter rogatis, et sine respectu iustitiae causae, et libertatis testium, ob vocabulum Wahr, ad affirmatiuam depositionem callide adductis, altera pars innocens succumbat, et condemnetur, licet introducta sit, est eiusmodi consuetudo, quae non facit ad reipublicae vtilitatem,

et

d) *c. XI.* X. *ibid.*

et iuris ciuilis principium conferuandum. E. consuetudo illius cautelae ciuilis, eo fine adhibitae, vt, testibus super articulis rogatis, et sine respectu iustitiae causae, et libertatis testium, ob vocabulum: Wahr, ad affirmatiuam depositionem callide adductis, altera pars innocens succumbat, et condemnetur, non est rationalis, sed irrationalis, eoque nomine prorsus omittenda.

§. VI.

Illustratio per casum.

HOc vt eo melius intelligatur, quod nimirum haecce specialis cautela sit illicita, eiusque consuetudo irrationalis, sequenti casu propositum nostrum prius sumus illustraturi:

In loco quodam, olim, duo ratione materiae fabricandae aequalia, ast in poliendo manifeste distincta opificia, de finibus regundis tamdiu disceptarunt, donec per quosdam fabricationis terminos, non cuilibet satis cognitos, litem quasi composuerint. Egerunt nempe fabri ferrarii contra fabros ferarios (si ita loqui licet,) illi *hos inculpauerunt, quod* hi *vnicuique omnia ex ferro opera pariter cuderent, atque sic fabricationis lucrum impedirent,* hi *opponebant, et excipiebant communionem peritiae artis, quoad conficiendum ferrum, atque hinc, cum se maiorem fabricationis facultatem consecutos existimarent, hanc simul sibi, imo vero plus arrogabant, et ferrum poliendi, atque firme in locum suum redigendi ius, potissimum obiiciebant, cuius turbationem, licet satis diuersam, mutuo* illis *interdici, contendebant. Vt itaque haec lis ardua, ad transactionis instrumentum, ab ipsis conceptum, atque oblatum, componeretur, species quasdam callide determinabant* actores; *quas vel* separatim, *vel* coniunctim *cum* his *essent facturi: v. g. id, quod sub nomine*: Ancker, *comprehenditur, sibi solis adscribebant*

 acto-

actores. *Ast hoc non obstante, paullo post lis pristina, magis ac magis resuscitata, vltra seculi dimidium producebatur, eo quod cognoscebatur,* actores, *ad* reos *sensim tam a cudendo, quam eius lucro captando, omnino excludendos, in dicta transactione singulis terminis latissimum tribuisse significatum. Statim enim compertum est, actores omnia, quae quouis modo ligarent, sine distinctione:* Ancker, *vocasse, vnde metuendum erat, ne illi demum vna cum ligamentis seras hypocaustorum* reis *ferme essent praerepturi, quoniam itidem fores ligarent, iisque pessulus obderetur. Porro diuersum* ligamenta cloacarum *conficiendi modum sine discrimine postulabant, non respicientes ad id, an simpliciter condurata, an vero mathematice essent extructa? etc. et per consequens reliqua etiam opera antea innominata generatim, licet actorum captum, iis nunquam visis, superassent, si modo quasi ligarent, reis plane interdici successu temporis petebant, idque semper per modum nudae denunciationis faciebant, donec tandem aliquis reorum magno labore ordinarium procurasset processum, litemque negando esset contestatus; Aduocatus vero actorum testes huius opificii rudes, eiusque excogitatorum terminorum imperitos, per interrogationem articulorum:* Wahr, daß, *praeoccupandos curasset. Testes enim duos fabros lignarios, et vnum operarium producebat, atque tunc reliquis articulis interponebat sequentes:*

Art. - -

Wahr, und hat Anno - - in das itzo - - vormahlige - - Hauſs in der - - Straſse der Schlöſser Meiſter - - die Hänge-Eyſen an die Balcken gefertiget?

Art.

Art. - -

Wahr, und weiſs Zeuge, wie viel Stück von jeder vorbemelter Eyſen-Arbeit der Schlöſser, Meiſter - - in das - - Hauſs Anno - - gefertiget, und wie viel deren an der Zahl geweſen?

Art. - -

Wahr, daſs bey dieſem Anno - - in dem - - Hauſe in der - - Straſs vollführten Bau kein Schmidt an Eyſen-Arbeit etwas zu machen gehabt?

Art. - -

Wahr, und hat Meiſter - - in das - - Hauſs auch Gabel und Ancker-Arbeit, Schurtz-Eyſen, ingleichen auch Hänge-Eyſen, oder andere grobe Schmiede-Arbeit mehr gefertiget, und geliefert, und wenn ſolches geſchehen, wie viel Stück es von jeder Sorte geweſen?

Nonne ex hocce quiuis ſtatim cognoſcit, finem probantis propoſitum nullum alium fuiſſe, quam *§. 3.* adductum?

§. VII.

EQuidem hoc loco obiicere quis poſſet, quod hoc fine et medio prohibito leges prudentiae violentur, id quod non negamus, ſed illud potius maxime vrgemus, in cautelis ciuilibus obſeruandis iuſtitiam ſemper cum prudentia eſſe coniungendam. Nam cum prudentia conſiſtat in habitu adaequatae applicationis, et combinationis finium cum mediis, et mediorum cum fine, et combinatio iſta cum lege vel conueniat, vel non item, ſequitur, vt haecce cautela, prout cum lege combinata eſt, vel non, poſſit eſſe vel prudens, vel imprudens. Iam vero cum omnis adaequata applicatio, et combinatio finium et mediorum ſecundum leges fieri de- **Obiectiones remouentur.**

beat,

beat, et haec combinatio secundum leges facta constituat combinationem iustitiae cum prudentia, consequens est, vt prudentia cum iustitia combinetur.

§. VIII.

Obiectio secunda.

Consimili ratione haecce nobis fieri posset *obiectio*, nos nondum probasse, quomodo fiat, vt testes per vocabulum: **Wahr**, ad falsam inuitentur depositionem. Neque immerito. Hoc autem reapse fieri posse, et testes, prout sub vocabulo: **Wahr**, intelligunt vocabulum *praedicatum*, quod cum vocabulo *subiecto* vel ideae certae, vel incertae potest combinari, vel semper vere, vel non semper, sed modo vere, modo falso deponere, ex sequentibus cognosces. Testes enim sub vocabulo: **Wahr**, intelligunt vocabulum *praedicatum*, quod cum vocabulo *subiecto* vel ideae certae, vel incertae potest combinari. Nam plures ideas vocabulum **Wahr**, ad *affirmationis* et *negationis* existentiam determinandam, non complectitur, neque etiam pauciores. Si sub vocabulo: **Wahr**, intelligunt vocabulum *praedicatum*, quod cum vocabulo ideae certae seu positiuo: e. g. **es ist wahr**, potest combinari, non pro natura sensionis suae, sed ex imprudentia *affirmatiue* tantum testantur, nec negatiue; Sin sub vocabulo: **Wahr**, intelligunt vocabulum *praedicatum*, quod cum vocabulo ideae incertae, f. interrogatiuo, e. g. **ist es, oder ob es wahr?** potest combinari, semper, pro natura sensionis suae, ex prudentia vel *affirmatiue*, vel *negatiue* testantur. Si pro natura sensionis suae vel *affirmatiue*, vel *negatiue* testantur, semper vere; sin vero non pro natura sensionis suae, sed ex imprudentia *affirmatiue* tantum deponunt, non semper vere, sed modo vere, modo falso deponunt. E. testes, prout sub vocabulo: **Wahr**, intelligunt *praedicatum*, quod cum vocabulo subie-

ſubiecto vel ideae certae, vel incertae poteſt combinari, vel ſemper vere, vel non ſemper, ſed modo vere, modo falſo deponunt. Hoc autem vt perſpiciatur, *interrogatoria*, ſi quae ab altera parte oblata fuerint, cum articulis, ſuper quibus examinati ſunt teſtes, ſunt conferenda. Ibi tum enim depoſitiones ſibi inuicem vel reſpondent, vel non item; ſi prius, vere depoſuerunt, ſin poſterius, falſo. Nec obſtat obiectio: Quicunque teſtari debet, rogatur? E. ſub vocabulo: Wahr, ſemper intelligere debet vocabulum *praedicatum*, quod cum vocabulo *ſubiecto* ideae incertae, ſ. interrogatiuo poteſt combinari. Aſt hominem imprudentem per vocabulum: Wahr, interrogatum, aequiuocationem non ſtatim conſiderare, et, ſi eam conſiderat, dubium eſſe, quonam ſignificatu in probatione hocce vocabulum ſumatur, ex antea dictis ſatis ſuperque eluceſcit.

§. IX.

QVod ſi quis porro obiiciat: eo nomine adinuenta eſſe interrogatoria, (*ſ. quaeſtiones, quas pars aduerſa*, der *PRODVCT, ratione teſtium, contra ſe productorum, atque de negotii circumſtantiis format, et effingit,*) vt ſuper iis, ad eruendam veritatem, eo diſtinctius teſtes examinentur, e) ideoque aliquem in ſuperiori caſu *§. 6.* adducto v. g. ſequentia interrogatoria generalia praemittere: *Obiectio tertia.*

Ob Zeuge das Schlöſser, oder etwan das Huff-Schmie- de-

e) Vid. Dn. *Ioh. Gothofred.* KRAVSSII *de proceſſu Saxonico longe meritiſſimi* PROCESSVS IVDICIARIVS *L. I. C. 3. Sect. 2. §. 14. pag. 105.*

de-Handwerck, Handwercks-Gebrauch nach, erlernet habe?

Ob dahero Zeuge eigentlich sagen könne, welche hauptsächlich

Trag-Eyssen,
Hänge-Eyssen,
Schurtz-Bänder,
Schurtz-Eyssen,
Zug-Eyssen an Secret-Röhren,
Gebinde um Secret-Röhren,
Zimmer-Clammern,
Zug-Nagel,
Polzen mit Scheiben,
Vnter- oder Vorleger,
Garten-Kübel,
Garten-Fässer,
Ancker- und Gabel-Arbeit sey?

nec non ad dicti casus artic. I. *pag.10.* sequens speciale iudici exhibere posse:

Ob denn die Balcken des - - Hauses in der Schwebe hingen, oder warum Zeuge sonst die in Articul erwehnten Eysen praecise Hänge-Eyssen heisse?

tamen neque iudicem neque productum, cum antea, quam super interrogatoriis specialibus deponant, super articulis probatorialibus testes examinentur, et per formulam probandi Wahr, vti §. 8. demonstratum, ex imprudentia saepe

ſaepe et vt plurimum magis ad erroneam incitentur depoſitionem, finem veritatis eruendae aſſequi poſſe, credibile eſt, quoniam, cognito ex interrogatorio ſpeciali errore, teſtes periurii poenam metuentes, et erubeſcentes, vix ac ne vix quidem a ſua depoſitione ſint diſceſſuri. Quam ob rem etiam interrogatoria hoc caſu ad hunc finem conſequendum nihil facere, quiuis ſanioris doctrinae homo facili negotio percipiet.

§. X.

HOc loco quaerat forſan aliquis, neque iniuria, annon huic malo a iudice vel actuario poſſit mederi? Id quod non negamus. Nam cum iudicis, vel actuarii ſit, teſtes ſuper articulis examinare, isque ſciat, quod teſtes de rebus ſenſualibus, certe, clare, et modo cum interrogatis conueniente, f) deponere debeant, ipſi incumbit, vt, quo de clara, certa, et cum interrogatis conueniente conſtet depoſitione, natu-

Modus corrigendi cautelam.

f) *c. 37. X. de teſt.* in verbis: *eos diligenter examinare procures, et de ſingulis circumſtantiis prudenter inquirens, de cauſis videlicet, perſonis, loco, tempore, viſu, auditu, ſcientia, credulitate, fama, et certitudine cuncta plene conſcribas. Debent enim teſtes de artis ſuae peritia, et, quantum ipſi ſenſibus perceperunt, deponere, neque alienis rebus, ſenſibus non perceptis, ſeſe immiſcere, deque iis iudicare, cum teſtis de iudicio ſuo deponentes nihil probent.* MARTINI *ad O. P. S. Tit. 20. §. 3. n. 209.* CARPZ. *Proc. t. 13. A. 4. n. 39. Quocirca etiam ſola teſtatione prolata, neque ſupra dictis legibus, ceu legitimis ad vere teſtandum adminiculis, ſuffulta, cauſa probata nullius eſt momenti, imo vero liberum eſt producto, nouam vrgere examinationem. l. 4. C. de teſt.*

naturam cuiusque articuli teſtibus, antequam ſuper interrogandis deponant, explicet, et vocabulum: Wahr, vbiuis omittat, loco eius: Ob ꝛc. poſito. Ne vero Actuarius iudicii, vel iudex in eo ſit remiſſior, Aduocatus alterius partis circumducendi id potiſſimum curet, vt vel ante terminum, exhibitis articulis, vel in termino productionis, ante depoſitionem teſtium, hoc vrgeat, et Actuarium ea cauſa moneat.

§. XI.

Plura proponere, temporis penuria non permittit, ſed potius nos cogit, vt finem huius ſpeciminis noſtri faciamus, atque lectorem beneuolum rogemus, vt, ſi qua re erratum eſſe cognouerit, id et virium noſtrarum imbecillitati, et nimiae noſtrae feſtinationi vnice tribuendum eſſe exiſtimet, de nobis certo perſuaſus, nos optime ſcire, quantum ſit, quod neſciamus. Qua ſpe fretus illud cuique commendatiſſimum eſſe velimus, vt in ciuilibus cautelis cum religione obſeruandis ſemper id potiſſimum cogitet, ſe hunc finem conſecuturum, ſi prudentiam cum iuſtitia coniungat. Ita vale, nobisque, licet incognitis, faue.

FINIS.



